POR MARTIN NAVARRO,

EN EL PLEYTO

CON DON ALONSO ANTONIO DE PAZ, CAVALLERO DEL AVITO DE SANTIAGO.

MArtin Nauarro administrò algunos años los bienes de Don Alonſo y ſus hermanos, en virtud de poder de Doña Iuana del Corral y Paſqual ſu madre y tutora; y ella dio poder deſpues a Iuan Ramirez de Hoyos para que le tomaſſe la quenta, y ſe nombraſſe a ſi, o a otro por Tercero: ellos ajuſtaron la quenta entre ſi, y no conformandoſe en algunas partidas, nombraron a Ricardo Suit, y Luis de Soto Valderrama, cada vno por ſu parte, para que ajuſtaſſen las quentas.

Los Terceros ajuſtaron la quenta, y eſtuuieron conformes en el cargo y data, y ſacarõ por alcance en fauor de Martin Nauarro. 1. q. 189U296. Y el Tercero de la dicha Doña Iuana fue de parecer q̃ ſe le pagaſſe en cartas de pago de la miſma adminiſtracion, y q̃ ſe le dieſſen quatro por ciento de la cobrança. El otro Tercero ſe conformô en todo, conque el alcance ſe pagaſſe en dinero de contado, y dio por razon el no auer tenido poder mas que para ajuſtar la quenta. y vna vez ajuſtada, y ſacado el alcance contra qualeſquiera de las partes, los Terceros no tenian facultad de arbitrar en la forma de la paga, ni el dicho Iuan Ramirez de Hoyos tuuo poder mas que para nombrar Terceros para ajuſtar las quentas: y eſte ajuſtamiento ſe hizo notorio a las partes, y ſe preſentô ante Eſcriuano Publico, y la conſintierõ el año paſſado de. 639. y en conformidad deſto la dicha Doña Iuana pagò el alcance de la adminiſtracion, y el dicho Martin Nauarro le hizo vna ſuelta conſiderable.

Esto supuesto, por Diziembre del año passado de.646.auiendo muerto la dicha Doña Iuana, el dicho Don Alonso Antonio de Paz su hijo puso demanda al dicho Contador Martin Nauarro, diziendo que en la quenta que auia dado de la administracion, se auian hallado las faltas, errores y agrauios que se contenian en vn memorial que presentaua, y que assi no le podia prejudicar, porque entonces era menor, y que contra qualquier cōsentimiento que para ello huuiesse auido, le competia beneficio de restitucion que pedia, y juraua. Pidio que mediante la dicha restitucion, y como mejor huuiesse lugar, se emendassen y deshiziessen los agrauios, y se condenasse a el dicho Martin Nauarro en la cantidad que montasse con los intereses.

Martin Nauarro pretendio que no tenia obligacion de respōder a esta demanda, en quanto a los agrauios q̃ se alegauan, porq̃ supuesto que estaua ajustada la quenta, y cerrada y pagado el alcance desde el año de.639.no se podia dezir nada contra ella, y primero y ante todas cosas se auia de determinar el articulo de la restitucion que pedia, pues por su misma demanda reconocia que no podia ser oydo si no era mediante el beneficio dela restitució, de que primero se auia de conocer por ser articulo preuio. Y que en quanto a errores y partidas de mas cargo, no era necessario pleyto, porque desde luego se allanaua Martin Nauarro a dar satisfacion de los que huuiesse.

Vistos los autos por el señor Alcalde D. Leonardo Enriquez, mandò que respondiesse Martin Nauarro derechamente a lo pedido por el dicho Don Alonso. De que se apelò por Martin Nauarro a la Real Audiencia, donde huuo executoria, por la qual se confirmò el auto, conque el responder se entienda en quanto a los errores; y en quanto a los agrauios, lo recibieron a prueba por via de restitucion, con termino de ocho dias. Cō esto se deboluio el pleyto, y corrio la prueba, y en el termino della hizo probança el dicho Don Alonso de como era menor de.25.años, porque nacio el año de.620 por Enero, sin embargo q̃ esto mismo constaua en los autos por la fe de su baptismo. Y auiendose visto por el dicho señor Alcalde, proueyò auto en quanto dixo, *Que no auia ni ha lugar conceder a el dicho Don Alonso la restitucion, y que el dicho Martin Nauarro responda derechamente a los errores y agrauios deduzidos y alegados en el pleyto*. Y deste auto està apelado y visto, y pretende que se ha de reuocar en quanto a responder a los agrauios, por los fundamētos siguientes.

Lo

Lo primero, porque el pleyto no tuuo estado, ni se pudo ver sobre si debia responder a los errores y agrauios, o no? Porque sobre esto ya estaua visto y determinado en el primero auto, en que absolutamente se mandò responder a todo sin hazer distincion de agrauios ni errores. De que se quexò Martin Nauarro, pretendiendo que sobre agrauios no debia responder, si no era conociendose primero de la restitucion, como articulo preuio: y assi se determinò diuidiendo los errores de los agrauios, y mādando que respondiesse derechamente en quanto a los errores; y en quanto a agrauios se recibio el negocio a prueba por via de restitucion, con que quedò determinado y executoriado q̄ auia de auer primero pleno conocimiento de causa sobre este articulo, como articulo preuio de cuya determinacion pendia el ver si debe responder, o no el dicho Martin Nauarro a los agrauios: y assi el auer buelto a determinar aora q̄ responda a los agrauios, es oponerse ex diametro contra la executoria, y determinar sobre lo que no yua el pleyto, ni podia yr.

Lo segundo, porque esta determinacion contiene vna implicacion euidente, que es declarar no auer lugar concederse la restitucion, y mandar que responda a los agrauios: y esto no es cōpatible, porque siendo el articulo de la restitucion preuio y prejudicial, y de donde ha de nacer el responder o no a los agrauios: por consequencia necessaria se sigue, que si se concede la restitucion, ha de responder a los agrauios, pero no si no se concede.

Y para q̄ esto se entienda ex radice, es necessario suponer qual es el remedio rescindente, y qual el rescissorio, y para que se introduxeron, y como se han de intentar, vt latè explicat in specie *Sforcia odda de restitutione. p. 1. q. 33. artic. 1.* donde en el *num. 8.* dize *Quod remedium rescindens est ipsamet restitutio in integrum, & ideo DD. rescindens vocauerunt, quia rescindit contractum, sententiam, praescriptionem, vel alium praeiudicialem actum, & reponit eum qui laesus est in eo statu in quo erat ante illam laesionem & iuditium, quod super hoc remedium intentat. Rescindens nuncuparunt, quia rescindit obstaculum recuperationis rei suae. Rescissorium autem remedium est ipsa actio iam reuata, & resuscitata per remotionem praedicti obstaculi, cuius actionis vigore laesus potest recuperare rem suam, sicut poterat ante quam obstaculum illud incidisset, & iuditium quod super hoc remedio intentatur, rescissorium nuncupauerunt, & actionem quae in hoc iuditio proponitur, rescissoriam dixerunt.* Y en el *num. 11.* prosigue diziendo, que la accion rescissoria *alia dicitur institutoria, alia restitutoria: institutoria est quae à Praetore de nouo creatur, vbi*

antiquitùs numquam competit: vt sunt exempla in. l. si Titius, & in. l. si stipulatus. ff. ex quibus caus. maio. Et dicitur institutoria, quia de nouo à Prætore instituitur, non autem aliqua antiqua actio restauratur. Alia est rescissoria, quæ quidem prius competebat, sed quia vel penitùs sublata fuerat, vel saltem ita elisa vt effectum aliquem habere nō posset, à Prætore tollitur obstaculum illud, & illi effectum restituit quem amisserat, vnde propria restitutoria dici potest.

Y esta acciō restitutoria es en dos maneras, vna natiua, y otra datiua: La natiua es, quando el menor no perdio totalmente su accion para recuperar sus bienes, sino se embarazò, o impidio el efecto della por algun contrato o impedimento, y entonces cōcedida la restitucion, se remueue el impedimento, y vsa de su accion originaria y primeua. La datiua es quando totalmente se extinguio la accion, y no la tiene para poder recuperar sus bienes, y entonces mediante el beneficio de la restitucion, ya q̄ no puede resuscitar la accion perdida per officium nobile iudicis, el Pretor cria y instituye de nueuo otra accion para que recupere sus bienes, y esta se llama vtil, y la otra directa. Assi lo explica y funda ex pluribus el mismo *Sforcia odda. d. q. 33. art. 1. ex. n. 14. vsque. 16.*

Con este supuesto prosigue el mismo *Sforcia. d. q. 33. art. 5.* disputando si estos dos remedios rescindente y rescissorio, se pueden acumular a vn mesmo tiempo propter circuitum euitandū, & litium finem abbreuiando? Y resuelue que la comun opinion es, que no se pueden acumular a vn tiempo, y que si se acumularen se ha de entender conditionaliter, & non simpliciter, hoc est si debebitur restitutio in integrum: y assi nunca se pueden acumular, ni determinar de tal manera que si no huuiesse lugar la restitucion in integrum, sea condenado el Reo en la causa principal, porque lo vno pende de lo otro taliter, que si no ha lugar la restitucion, no ha de responder, ni ser condenado el Reo en lo principal, *quia non cumulantur hæc iuditia vt si non obtineatur in vno, saltem obtineatur in altero, sed vt obtento vno, tamquā necessario præambulo obtineatur in altero, in quo aliàs nisi hoc præambulo præeuto obtineri non posset, & hoc verissimū puto.* Sic tenet ipse *Sforcia. d. artic. 5. n. 38. in fi.* Y esto procede sin duda quando no se puede intentar la accion restitutoria natiua y primeua, por auer expirado, porque entonces no es disputable, sino que no se pueden acumular estos remedios, sino que primero se ha de intentar el rescindente, que es el de la restitucion, para que concedida se abra la puerta al juyzio

resti-

restitutorio, que estaua ya cerrada por defecto de acciõ. Sic *Sforcia d. q. 33 art. 2 nu. 22.* *Giurba decis. 33. per totam*, donde dize que en aquel Senado se resoluio, *Quod articulum restitutionis in integrum prius erat decidendum, & separatum cum aliquo temporis interuallo, quam principalis causæ merita cognosci possint.* En el *num. 7.* dize, que este articulo es prejudicial a todo el negocio, y que no se puede conocer de los meritos del, *nisi prius de hoc articulo discutiatur an competat, &c.*

Con esta doctrina se conocerà aora quan juridica y legal fue la executoria que diuidio y separò estos juyzios, pues determinô que primero q̃ respondiesse Martin Nauarro a los agrauios, se conociesse preuiamente del juyzio resciendente, que es el dela restitucion. Y tambien se conocerà, que el auto de que viene apelado no se puede ni debe sustentar, y precisamente se debe reuocar en quanto manda responder a los agrauios, pues supuesto q̃ declarò no auer lugar la restitucion, no ay sobre que responder, porque no le queda accion ninguna a la otra parte natiua ni datiua: natiua no, porque nunca la tuuo, pues con el ajustamiento de la quenta y la paga del alcance, expirò la accion mandati directa que auia contra Martin Nauarro: y quando no huuiera expirado totalmente, por lo menos quedô impedido el exercicio y vso della con el dicho ajustamiento, que es el obstaculo cõ que justamente se pudiera defender Martin Nauarro pidiendole la quenta: & per cõsequens no concediendosele la restituciõ, no le quedò al Iuez en que impartir su oficio, ni sobre que instituir ni criar nueua accion, pues esto es consequente a la restitucion: optimè tradit *Giurba dict. decis. 33. per totam, præcipuè n. 10.* dõde concluye que no se ha de litigar sobre la causa principal, *quousque sit iudicis decretum an competat restitutio:* porque si no se debe conceder, es hazer molestia a la parte, y obligarle a hazer costas y gastos. Y esto basta para que no responda Martin Nauarro, *quia nostra interest litibus non vexari: & vir bonus dicitur qui studet lites finiri*, vt comprobat ipse *Giurba*.

Y como quiera que sea, ya en este negocio no se puede disputar de si estos remedios se pueden acumular y seguir a vn tiẽpo? Porque en esto ay executoria que lo separò y diuidio, y determinò que no erã acumulatiuos. Y assi en auer determinado lo vno y lo otro en el auto, de mas de la implicacion y repugnancia juridica que contienen, es contra la executoria derechamente.

En quanto el auto declara no auer lugar la restitucion, contie

ne suma justificacion, y se debe confirmar, suponiendose q̃ Martin Nauarro no ha hecho ningun contracto con Don Antonio de Paz, ni se dan terminos habiles para que pueda pedir restitucion, ni probar la lesion sui facilitate, nec dolo aduersarij; porq̃ con quien cõtratô Martin Nauarro, fue con D. Iuana del Corral su madre y tutora, y ella fue quien le dio poder para que cobrasse, y ella misma tambien dio poder para que se le tomasse la quenta, y en ella todas las partidas que ella recibio a Martin Nauarro en data, son cantidades de dinero remitido a la misma Doña Iuana, y pagado por su orden, justificado con las mismas libranças y ordenes: y aunque no tuuiera estos recaudos, bastaria que ella misma los aprobasse, como los aprobò; pues las pagas hechas a ella propria, no podian tener mejor probança que su confesion, y solas dos partidas ay que no son de pagas, pero son de la misma calidad en la justificacion, porque es el salario o encomienda de Martin Nauarro a tres por ciento; y vno por ciento por faltas y mermas del vellon.

Y aunque opone Don Alonso Antonio que el salario fue excessiuo, porque fue mas del que daua su padre, y que el vno por ciento de las faltas fue indebido; esto no tiene comprobacion alguna, ni justificacion, porque Martin Nauarro no continuô la administracion que tenia en vida del padre, ni estuuo obligado a proseguir con aquel mismo salario, y hizo nueuo contracto cõ Doña Iuana, y no quiso entrar en la administracion sin mas salario, porque lo merecia justamente; y en quanto al vno por ciento de las faltas, el cargo montò mas de 30. qs. y ay muchos exemplares y executorias en que se han mandado pagar las faltas y mermas del vellon; y esto huuiera probado Martin Nauarro, si D. Alonso huuiera hecho probança en este juyzio, pero ninguna destas pretẽsiones tiene mas cõprobaciõ q̃ quexarse D. Alonso, porq̃ el no ha hecho probãça alguna sobre lo q̃ merecia de salario, ni sobre el vno por ciẽto. Y venir aora despues de tãtos años a impugnar lo que su madre hizo y aprobò, y boluer sobre las quentas legitimamente hechas y acabadas, no constando de errores, ni que huuiesse auido dolo ni fraude alguna, ni ocultadose partida, no es cosa tolerable, ni se debe admitir ni oyr, ni dar lugar a que Martin Nauarro sea molestado con pleyto injusto, porque incontinenti consta que tiene dada su quenta, y està ajustada por escritura publica, y este es finiquito, pues esso quiere dezir ajustamiẽto. vt est textus clarus *in l. semel. C. de apochis public.* Y

aqui

aqui nota *Bartol. quod qui habet instrumentum securitatis, non debet amplius molestari.* Lo mismo notã los *DD. en el cap. vnico de Clerico egrotante in 6. vbi notatur, quod semel reddita ratione nõ debet de nouo reddi.* Tradit *decis. Genuensis in tract. de mercatura. 24. n. 1.* comprobat latê *Escobar de ratiocinijs cap. 41. n. 1. vbi ait, quod rationibus semel legitimè discussis iterum reiterari non debet. l. si minor. C. communi diuid.*

Y aunque esta doctrina se limita quando ay error, dolo, o fraude y ocultacion, vt ait ipse *Escobar d. cap. 41. per totum*; nada desto procede en este caso, porque Martin Nauarro no escusa respon der a los errores o partidas de mas cargo. Lo que pretende es, q̃ no debe responder a agrauios, que consisten en si pudo ser mas, o ser menos: porque para esto basta que la tutora lo aya aprobado, y passado en quenta todas aquellas partidas que ella misma auia recebido, y le constaua auerse pagado, y ser justas; y el alcance que resultò en fauor de Martin Nauarro fue de dinero que el auia suplido de su hazienda, porque de todo lo que auian rendido los bienes de la tutela, se hizo cargo, y lo pagô con efecto a la tutora, y el alcance que ella le pagô, no fue hazienda de los menores, sino della misma. Y assi lo que aora pretende Don Alonso Antonio, es impugnar las pagas que hizo Martin Nauarro a su tutora, y las partidas que ella misma le passò: y a esto no debe ser admitido ni oydo facilmente, porque no son estos los terminos en que el menor debe ser restituido, pues este beneficio de restitucion se concedio a los menores por aquellos contratos y actos que ellos mismos hazen, en que estan engañados y lesos por su facilidad, o dolo del que contratò con ellos: pero quando no se contratò con el menor sino con su tutor, que fue persona legitima para contratar, etiam aunque no se aya hecho el contrato con licencia de la justicia, sino propria authoritate, basta para que el que contrata quede seguro y libre; etiam aunque el dinero del menor se aya perdido en poder del tutor, y no le compete al menor beneficio de restitucion en este caso, porque quedaria engañado el q̃ contratò con el tutor lege permittente, y de otra manera seria absurdo y contra razon: ademas de que siempre el tutor queda obligado a la satisfacion del menor, y daño que se le siguiesse por el contrato. Y quien contrata con el tutor, no se puede dezir que cõtrata propria authoritate, sino iudicis authoritate, porque el Iuez le concedio plena facultad y mandato para que pueda cobrar y administrar los bienes del menor, y assi viene a ser persona legitima, y administrador constituido publica authoritate.

Y por

Y por estos fundamentos y otros que doctamente considerã Iuan Gutierrez de tutellis. 2. p. cap. 22. per totum, resuelue en el num. 15. que quando la paga se haze al tutor, no compete beneficio de restitucion al menor, *etiam si fiat sine authoritate iudicis, licet pecunia perempta & consumpta fuerit.*

Y estos mismos fundamentos y razones militan en este pleyto, porque Martin Nauarro pagò a la tutora, y contratò con la tutora sin dolo ni fraude, y ella no le dio ningũ dinero delos menores, sino le boluiò y pagò el mismo dinero que le auia suplido y anticipado.

Y aunque no se puede negar que todavia compete beneficio de restitucion al menor contra el contrato y la paga hecha a su tutor, como lo dispone la *l. C. si aduersus solutionem*, tamen no se le debe conceder facilmente, ni luego, porque ha de auer conocimiento de causa pleno, y conocer en que està la lesion, y si huuo fraude o colusion alguna en el contrato *l. verum. §. sciendum. ff. de minoribus*, ibi: *Sciendum est autem non passim minoribus subueniri, sed causa cognita si capti esse proponantur. l. in causæ. 13. ff. de minorib. §. causa*, ibi: *Causa enim cognita, & præsentibus aduersarijs, vel si per contumatiam desinit, in integrum restitutiones perpendendæ sunt. l. 1. C. si aduersus solutionem*, ibi: *Et an sit tribuendum per causæ cognitionem æstimari potest.* Y no basta que diga que el tutor administrò mal, o hizo mal, sino que lo ha de probar en este juyzio de la restitucion. *l. etiam. 3. C. si tutor, vel curator interuenerit*, ibi: *Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores malè gessisse probari possit. l. 6. tit. 19. partid. 6.* ibi: *Porque siempre ha de probar dos cosas el que demanda restitucion: la primera, que era de menor edad a la sazon que hizo el pleyto o la postura: la segunda, que la hizo a daño, è a menoscabo de si.* Y lo mismo procede en el contrato hecho con el tutor, que tambien ha de probar el daño, y que fue causado por culpa del tutor. *l. 2. eodem tit.* ibi: *E el tal menor como este se entiende que si daño o menoscabo recibiere por su liuiandad, o por culpa de su guardador, o por engaño que le fiziesse otro home, que debe ser entregado de aquella cosa que perdio, o que se le menoscabô, por qualquiera destas dos razones, probando el daño o el menoscabo, y que era menor de 25. años quando lo recibio; ca si esto no fuere probado, no se desataria lo que fuesse fecho, o puesto con el, o con su guardador.* Probat in specie *Ioan. Gutier. de tutel. d. 2. p. cap. 22. n. 16.* dõde explica la *l. 1. C. si aduersus solutionẽ*, y los textos desta materia, declara el conocimiẽto q̃ ha de auer en este articulo preuio dela restitucion, y dize q̃ ha de cõstar q̃ el deudor tuuo culpa en pagar al tutor dissipador: meritò igitur ait, *quod tunc cõ-*

tra ipsum alteri soluentem competat restitutio in integrum; in hoc igitur causæ cognitio interuenire debet ad hoc vt sciatur, an sit tribuendum beneficiũ restitutionis vt concedatur omnino, si de prædicto constiterit præuio examine per causæ cognitionem, quod si alijs probetur benè impensam eam pecuniam, quam soluta fuit tutori & curatori, aut in minoris vtilitatem conuersam, aut curatorem soluendo esse, cessare debet retractio. Y esto lo prueba bien la *l. intra vtile. 39. § in vendentibus ff. de minoribus*, ibi: *Vix esse eum restituendum.* Et ibi: *Maximè cùm sit ei paratum promptum auxiliũ curatoribus eis idoneis constitutis, &c.* Latè probat *Sforcia de restitut. q. 34. art. 6.* copiosè *Alexand. Trentacinq. variar. lib. 2. resolut. 2. l. minoribus, & ibi DD. C. de in integr. restit. l. nam & postea. § si minor. ff. de iure iurand.*

Y la probança deste juyzio preuio para que conste dela lesiõ, hade ser plena, vt probatur *in cap. 1. de in integrum restit.* vbi dicitur *quòd manifestè probari debet; cap. ex litteris, eod. tit. l. 3. ff. de minorib.* ipse *Sforcia. q. 36. art. 10. per tot. præcipuè. n. 73. Alexand. variar. lib. 2. resolut. 4. per totam*, donde concluye, *quod ab hac opinione non est discedẽdum, quia eam tenuit Rota in antiq. decis. 165.*

Y supuesto que Don Alonso no ha probado lesion, ni culpa de Martin Nauarro, ni de su tutora, ni aun la ha articulado, porq̃ solo articulò y probô la menor edad, es impossible de derecho q̃ pueda obtener en este juyzio de restitucion, pues no basta que el diga q̃ està agrauiado, ni q̃ presente memoriales de agrauios, pues debiera justificarlos con plena probança ex prędictis; & cõ probat *Alexand. Trentacinq. dict. resolut. 2. n. 27.*

Finalmente en este punto se debe aduertir que toda la cobrã. ça que hizo Martin Nauarro, y la quenta que dio, fue de los reditos de los juros, y de la hazienda q̃ tiene en esta Ciudad y otras partes Don Alonso; y en estos terminos es sin duda que el tutor solo es parte legitima para cobrarlos, y para dar carta de pago dellos, & per consequens para ajustar la quenta, sin que necessite de licencia del Iuez: y esta es limitacion notable de la glossa de la *l. sancimus. 25 C. de adminisi. tutor. verbo Extendimus*, q̃ refiere y sigue *Iuan Gutierrez de tutellis. 2 part. cap. 22. num. 5.* ibi: *Limitat lex illa in his solutionibus, quæ vel ex redditibus, vel ex pensionibus, vel alijs huiusmodi causis pupillo, vel adulto accedunt, vbi glosa verbo extendimus, inquit non fieri extensionem illius legis, vt semper oporteat fieri cum iudice, quia fallit in redditibus & pensionibus vt ibi, & in vsuris, vt in. l. constitutionem, eod. tit. In his namque cum sola tutoris authoritate soluens debitor liberatur, neque restitutio pupillo aduersus eum conceditur, vt*

constat ex dictis iuribus, & tenet Pater Molina.1.p.de iustit.& iur.disput. 224.col.1396.ibi excipe, &c.

Contra esto se opone por D. Alonso, que no necessita de restitucion para ser oydo contra las quentas, por no auerse aprobado por Iuez, y que aunque fuera menor de.25.años, pudiera dezir contra ellas, *ex.l.instar.2.C.de iure fisci.l.10.*

Pero a esto se responde, que este texto no prueba tal; lo que dize es, que la quenta hecha por los Contadores, no tiene fuerça de sentencia para induzir condenacion o liberacion, sino es que està confirmada por el Iuez. Assi lo entiende Bartulo, ibi; *Computatio facta à tabularijs, seu calculatoribus vim sententiæ non habet quoad condemnationem & absolutionem, nisi per iudicem confirmetur.* Y aqui no pretende Martin Nauarro que el ajustamiento de quentas induze cosa juzgada, y que por esto no ha de ser oydo Don Alonso; sino porque no tiene accion, pues auiendose ajustado con la tutora, expirò la accion mandati que auia contra el, por la *.l. qui proprio.§.procurator.ff.de procuratoribus*, y que no ha de ser oido contra las quentas ajustadas.

Y no negamos que qualquier mayor puede impugnar el contrato y la quenta que huuiere hecho, pero no ha de ser de hecho y sin conocimiento preuio de causa justa de que pueda nacer accion para impugnarlo, porque tambien ha de entrar a ser oydo mediante la restitucion in integrum. Text.est notabilis in.*l.maioribus.C.communia vtriusq; iudit.*ibi: *Maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam sine iuditio factis diuisionibus solet subueniri, quia in bonæ fidei iuditijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Y aqui la glosa de *Gothifredo litter.Q.*dize: *Maior etiam restituitur aduersus inæqualem diuisionem.* Tradit *Paponius lib.16.tit.3. arrest.13.in fin.*ibi: *Tertius effectus est, & maximè notandus maiorem qui fideiussit, vel aliter contraxit in integrum restitui posset aduersus obligationem à se innitam, ex ea causa quod dolo & astucia partis, seu aduersarij sui circumuentus fuit.* Y la glosa de *Acurcio verbo Per fraudem*, dize que ha de ser *per fraudulentum dolum, vel culpam, quæ incidit in dolum, qui dedit causam diuisionis, aliàs contra.* Y esta glosa siente, que para que pueda ser oydo contra la particion, aun no basta la restitucion, sino que es necessario que aya alguna destas causas de que pueda nacer accion. Y assi tambien lo aduierte en la palabra *perperam*, donde dize que el engaño y lesion ha de ser vltra dimidiam ad instar venditionis; conforme a la.*l.2.C.de rescindenda vendit.* Y en este caso puede ser oydo el mayor officio iudicis causa cognita,

vt ex text. *in. l. in contractib. ff. ex quibus causis maiores in integrum restituantur*, ibi: *In contractibus qui bonæ fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subueniunt.* Y aqui la glosa verbo *In cõtractibus*, lo exemplifica in diuisionibus perperam factis, o quando huuo dolo, que dio causa al contrato, o lesion enorme: pero no quando fue intra dimidiam, porque entõces no puede ser oido por defecto de accion, ni por via de restitucion, vt probatur ex. *l. in causæ. 16. §. idem Pomponius. ff. de minorib.* aunque *Ayora de partitionib. quæst. 6. & .7.* explica y entiende esta ley *maioribus*, y dize que procede etiam aunque la lesion no sea vltra dimidiam, quando ay alguna iniquidad y agrauio notable, y contra derecho, como en el exemplo que pone en la *quæst. 7.* que entonces quando ex ipsa diuisione in continenti constat de iniquitate, tũc puede ser oydo el mayor contra ella; pero quando no coosta de la misma quenta, es preciso que para que el menor y el mayor sean oydos contra las quentas, se les conceda beneficio de restitucion con preuio conocimiento de causa, etiam aũque no ayan sido hechas judicialmente, vt in maiori est text. *in. d. l. maiorib. C. communia vtriusq; & in. l. in contractib. C. quibus ex caus. maiores.* Y en el menor es texto notable la. *l. si minor. C. commun. diuidundo*, donde expressamente se dispone, que hechas vna vez las quentas, no puede dezir contra ellas, si no se le concede el beneficio de la restitucion, vt patet ibi: *Si minor quinque viginti annis soror tua tecũ res communes diuisit, quamuis non instrumentis, sed alijs probationibus earum diremptam communionem esse probetur, stari tamen finitis conuenit, quod si minor fuit, nec tempus in integrum restitutioni præfinitum adhuc excessit, an in integrum propter diuisionem restitui debeat causa cognita Præses Prouinciæ æstimabat.*

Este texto prueba expressamente que no puede ser oydo el menor contra la quenta extrajudicialmente hecha, sino es auiẽdo precedido preuio conocimiento de causa sobre la restituciõ in integrum: y assi si el menor quiere impugnar la quenta por su priuilegio de menor, precisamente ha menester justificar primero la causa de la restitucion en juyzio rescindente, preambulo y prejudicial, como està dicho.

Y si quiere venir a impugnar la quenta como mayor officio judicis & ex clausula generali, tambien ha de auer conocimiento preuio de causa, como lo dize la *l. in contractibus. C. commun. diuidundo*, y en estos terminos si en la quenta interuino el tutor, nunca se le concede beneficio de restitucion al menor, porque tiene

siempre

siempre su recurso seguro contra el tutor; y esta restitucion nace *ex æquitate, & cessat quando non subest æquitas, quia plenè consultum est contra tutorem*, vt tenet *Bart. in. l. si infanti. C. de iure deliberandi, & in l. qui duos. ff. de rebus dub.* optimè tradit *Carol. Ruin. vol. 5. cons. 119 n. 21.* donde resuelue que no se le concede la restitucion al menor ex causa generali, quando puede tener recurso contra su tutor, latè *Rolando à Valle cons. 10. vol. 2. n. 18. cum seqq.* ibi: *Ideo dicitur ex alio capite concedi non debet restitutio ex vi dictæ clausulæ, quia restitutio in integrum ex clausula prædicta non datur nisi ex quadam æquitate. l. 1 ff. de in integrum restitutione. Sed in casu præsenti cessat dicta æquitas cum ipsis minoribus possit esse succursum aduersus ipsam tutricem, quia nō subest æquitas, ex quo consultum est plenè hæredi minoris contra eius tutorem: hoc idem vult & sentit Paulo de Castro in. l. fin. C. si aduersus venditionem, vt in finalibus verbis inquit, quod si ratione ignorantiæ quando nihil gestũ est cum minore possit ipse ex vi dictæ clausulæ restitui in integrum aduersus vēditionem pignoris, per. l. 1. C. si vendito pignore agatur: tamen quod id procedit quando creditor vel administrator non esset soluendo: & sic Paulus ibi præsupponit quod si esset soluendo non restituetur minor, & pro hac sentẽtia accedit textus in. l. si tutoribus. C. de administratione tutor. vbi textus solũ succurrit minori per regressum contra tutorem, quia fuit negligens in soluendo pensionem vectigalis pupilli, propter quod res incidit in commissum in dānum pupilli: & sic textus videtur excludere restitutionem in integrũ, ex quo minori succurrit contra tutorem: & istum textum ad hoc ponderat Abbas cōsil. 18. per totum, & in terminis nostris Ruinus dict. cons. 119. col. penult.*

Y aun quando el menor pide restitucion por su menor edad y por su priuilegio, quando el deudor contratò con su tutor sin dolo, fraude ni culpa, y el tutor est soluendo, non conceditur restitutio, vt tenet expressè *Ioann. Gutierr. de tutel. lib. 2. cap. 22. n. 16.* Y es texto notable y no ponderado para este intento la *l. intra vtile. 39. §. vendentibus. ff. de minoribus*, que dize que apenas se dà caso en que pueda ser restituido el menor, quando tiene recurso contra su tutor, y quando el deudor o persona que contratò cō el tutor, tuuo buena fe. Y desta manera se compone este texto con la *l. etiam. C. si tutor vel curator*, porque alli el deudor tuuo culpa, como lo siente *Iuan Gutierr. de tutel. cap. 22.* y entonces tiene elecciō el menor de proceder contra el tutor, o contra el que contratò: pero quando el deudor tuuo buena fee, y contratò con tutor sin fraude ni dolo, *vix restituendus est minor cùm sit ei paratus promptum auxilium curatoribus eius idoneis constitutis*, como dize la dicha *l. intra vtile. §. vendentibus.*

A la

A la vista deste pleyto se opuso otra dificultad, que fue dezir que las quentas eran nulas, por auer hecho compromisso, y nombrado a los Terceros por arbitros arbitradores, y amigables cōponedores. Y esta objeccion se excluye facilmēte, porque el poder que tuuo Iuan Ramirez de Hoyos, no fue mas que para nombrarse a si por Tercero, o a otra persona para el ajustamiento de las quentas, y para este efecto el y Martin Nauarro nombraron a los dos Terceros; y aunque les dieron titulo de Arbitros y Arbitradores, y amigables Componedores y Compromissarios, esto fue impericia del Escriuano, y ignorancia de los terminos, y no puede prejudicar, ni hazer inutil el acto que aliàs ellos podian hazer como Terceros Contadores nombrados para ajustar la quenta; y deste titulo vsaron, y en virtud del obraron, ajustando la quenta con cargo y data, sin quitar nada de el derecho de vna parte para darlo a la otra; y assi lo reconocio vno delos Terceros, y por este fundamento no se quiso cōformar con mandar pagar el alcance con efectos, ni quatro por ciento, sino en dinero de contado, porque dixo que el no era Arbitrador, sino Tercero para ajustar la quenta, y assi no podia arbitrar, ni hazer otra cosa, como en el mismo ajustamiento se dize. Con lo qual este ajustamiento es valido, porque fue hecho en execucion del poder, y la misma tutora lo aprobò y consintio, y pagò el alcance; *Et actus debet semper interpretari vt aliquid operetur, non autem vt sit inanis & inutilis. l. quoties. ff. de rebus dubijs. Et in dubio quilibet præsumitur elegisse viam, per quam dispositio sua sit vtilis, & habeat effectum, non autē vt impugnari possit, & reddi ad nihilū. Afflict. decis. 44. n. 25. Socin. cōsil. 103. n. 28. lib. 2, l. 1 ff. de testamento militis.* Y qualquiera acto q̄ se puede hazer duplici iure, siempre se entiende *gestus eo iure quo melius valeat*; sic tenet *Bartol. q. 5. in principio, versic. 2.* Y es cosa regular *quod faciens actum censetur facere omni meliori modo quo potest*, vt notant *Doctores in cap. cùm super, de officio delegati. Et actus qui potuit duobus modis fieri, censetur factus prout vtilius est. Alexander cons. 55. n. 2. vers. Quia pro parte pupilli, lib. 5.* Y de aqui resulta *quod quādo iudex simpliciter additur, præsumitur additus potius vt iudex ordinarius, quia est potentior iurisdictio quàm vt iudex specialis*: ipse *Alexander. d. cons. 55. n. 5. & 13. vers. Nam secundò respondeo*, vbi ait *Quod iudex incompetens electus à partibus, potiùs censetur electus vt iudex, quàm vt arbiter, quia firmiora sunt quæ iure communi, quàm qui iure speciali nituntur.* Y el mismo *Alexandro en el n. 6. 7. y. 8.* dize, *quod si quis compromissit in aliquem censetur potiùs in arbitrum, quàm in arbitratorem compromisisse, & ex for-*

ma procedendi,& seruata apparet de animo gerentis actum. Latè comprobat *Cardinalis Tusch. littera. A. conclus. 135. n. 1. 2. y. 3. & conclus. seq. n. 2. & 3. & conclus. 137. per totam, & conclus. 138. per totam, & concl. 148 n. 1.* vbi ait, *Quod actus gestus abeo qui potest duplici persona gerere illum actum, censetur factus eo iure, & ex ea persona ex qua ille actus gestus valere potest. Bald. consi. 88. vers. Tu dic, lib. 1.* ex pluribus comprobat *Molinus lib. 3. de ritu nupt. q. 12. num. 20.* adonde dize: *Quod vbi duæ concurrunt causæ, vna quæ actum valere facit, altera quæ non ea est causa sumẽda in dubio, quæ actum valere efficit, imo interpretatur vt valeat efficaciori modo, & firmiori, quo potest. l. 3. de militari testamento, Menoch. de præsumptionibus lib. 3. præsumpt. 29. n. 45. &c.*

Y pues en este pleyto Iuan Ramirez de Hoyos pudo nombrar Tercero y lo nombrò, y tambien lo nombrò Martin Nauarro, y como tales ajustaron las quentas, y obraron en ellas no como Arbitradores, importa muy poco que se les aya dado nombre de tales, ni de compromisso, porque verdaderamente no lo fue; si bien largo modo los Terceros Contadores appellantur arbitri, vt ait *Stracca de mercatura. 2. p. n. 67. Escobar de ratiociniis cap. 8. n. 27.* vbi in fine concludit, que de qualquier manera que obren los Contadores, quier sentencien, o condenen como Iuezes, nunca se haze caso en las Chancillerias, del modo ni del nombre, *sed eo solo, an calculatorum vota sint iuri & rationi quoadæquata, & hoc per omnes iudices fieri debere, cùm non sit imponenda lex verbis, sed rebus,* vt in *l. fin. C. communia, de legatis.* Y pues aqui los Terceros no hizieron mas que ajustar la quenta de cargo y data, y sacar alcance, y las partidas todas fueron tan justificadas, que la misma parte las consintio, y pagò el alcance, y recibio los papeles, no ay q̃ hazer caso si los llamaron Arbitros o Arbitradores, o si fue Cõpromisso, porque en la substancia no fue mas que vn ajustamiento de quenta simple, como de el mismo consta.

Finalmente como quiera que sea, oy no viene este pleyto sobre este articulo, sino apelado del auto en que se declarò no auer lugar la restitucion, y q̃ respondiesse Martin Nauarro a los agrauios. Y esta segunda parte es contraria al mismo auto, y inconsequente, y contraria tambien a la executoria, y a la disposicion de Derecho, y doctrina comun de los Doctores, que resueluen que el articulo de la restitucion, aya de ser preuio y separado primero que se trate de los meritos de la causa principal, como pre judi-

judicial à ella. Y assi esperamos se reuoque el dicho auto, en quanto manda responder a los agrauios, y se confirme en lo demas. Saluo in omnibus, &c.

Don Lorenço del Castillo y Gallegos.

[illegible]

expresso de la utilidad [illegible] de centum por
[illegible] cinquenta [illegible] pero de donde a yerro [illegible]
[illegible] estar aunque aya transaccion —
Y [illegible] aun en este
caso [illegible] yerro es de grande importancia [illegible]
[illegible] las partes [illegible] quamvis [illegible] conditionibus
et demostrat. maxime quando se hizieron sin fraude
y con buena fee —
[illegible] no obliga quando en la [illegible] a yerro
de suma [illegible] remendar
quando se erro en el derecho cargando [illegible] partida
que no se devia cargar quando uvo [illegible] dolo o fraude
[illegible] quando algunas partidas se [illegible]
[illegible] nunca se pudieron
quitar —
Toda esta [illegible] es en favor de Martin Navarro
[illegible] de suma [illegible]
[illegible] fraude [illegible] partida contra derecho [illegible]
[illegible] las faltas admitidas
ex certa sciencia y aunque [illegible]
[illegible] judicial [illegible] presentados ante [illegible]
[illegible] consentidos [illegible]
[illegible] el alcance [illegible]
[illegible] final [illegible]
[illegible]